

〈특집〉

『서울대학교 法學』 50주년

— 민법학의 성장 —

崔 俸 京*

I. 서

1. 이 글은 서울대학교 『법학』에 실린 민법 분야 총 169편의 논문을 정리하는 것을 과제로 한다. 이것은 1959년 6월(제1권 제1호)부터 2008년 12월(제49권 제4호)까지 반세기에 걸친 민법 및 국제사법과 관련된 논문들을 정리하고 평가하는 작업이다. 너무나 방대한 양이기 때문에 모든 논문을 빠짐없이 소개한다는 것은 사실상 곤란하여 어떠한 기준에 의하여 선별할 것인가에 대하여 고민하였다. 결국 하술하는 바와 같은 시대별 기준에 따라 분류하되 각 시대별마다 다시 주제별 또는 영역별로 정리하고 그 중 선별된 논문들을 소개하기로 하였다(II.). 가급적 선배학자들의 글을 우선적으로 선별하여 정리하고 최근의 논문들은 간략히 언급하고자 한다. 또 다시 반세기가 지나면 현재의 후배학자들은 선배학자의 반열에 올라 있을 것이고 미래의 후배학자들에 의하여 현재의 후배학자들(정확히는 그들의 글)의 학문적 업적이 소개될 기회가 있을 것이기 때문이라고 변명해 본다. 선별과 정리를 위해 주어진 시간을 최대한 선용하였으나 필자의 이해나 역량의 부족으로 미진한 점이 없지 않을 것이다. 필자 개인적으로는 주옥같은 선배학자들의 글을 읽으며 시대를 초월하는 배움을 얻을 수 있었다. 선배학자들의 연구성과가 어떻게 후배학자들에게 이어지고 있는지를 확인하면서, 시대를 달리하지만 모든 학문세대에 공통된 어떤 학문관 같은 것을 확인할 수 있었다. 역사학자 E.H.Carr가 이야기하였듯이 역사가 현재와 과거의 끊임없는 대화라면 필자는 바로 그러한 의미에서의 대화의 현장에 있었다고 생각된다.

지난 반세기 동안 『법학』 전반에 걸쳐 학문적 선후배들 간의 정치한 이론적

* 서울대학교 법과대학 · 법학대학원 부교수.

논쟁을 볼 수 있으며, 특히 학문의 선세대가 제언한 것 내지 단초를 제공한 것을 후세대가 정리하거나 심화하는 형태로 그 학문적 가치가 놓아진 것도 여러 번 목격할 수 있었다.

가령 곽윤직이 『법학』지 최초의 민법분야 연구논문에서 지적한 부정부동산등기의 문제점들(제1권 제1호, 173면)(대장의 부실과 인감증명제도의 문제점)은 이로부터 18년이 지나 김현태의 논문(제19권 제1호, 상세는 이하 VI. 부분 참조)에서 또 다시 지적되고 있으며 오늘날에도 그 근본적인 문제점은 여전히 고질병처럼 남아 있는 것이다.¹⁾ 또 다른 예로 김증한이 1946년 『法政』지에 당시 대법원이 민법 제14조, 처의 능력을 부정했던 규정의 실효를 선언하자 이에 대해 당시 Judicial Review라는 제도가 도입되기 전이어서 법원이 법률의 실효를 선언한 권한이 없었다는 비판을 가하였는데, 양창수 대법관(전 서울법대 교수)은 『법학』지 제40권 제2호 [우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여 -]에서 이를 심도있게 다루고 있다.

김증한은 또한 [한국민법학 30년의 회고](제19권 제1호)에서 한국의 법생활의 실태조사가 아직 미약한 상태에 있다고 질타하였는데 그 후 김현태의 [부동산등기제도의 결함과 그 개혁방안](제19권 제1호, 1978. 8, 83면 이하) 등 다양한 연구가 뒤를 이었다. 이러한 성격의 대표적인 논문으로 이미 김주수의 [혼인에 대한 법의식의 실증적 고찰](제4권 제1·2호, 1962. 12, 100면 이하)을 들 수 있다.

이밖에도 필자가 다룬 논문들은 이론연구, 판례연구, 실태조사, 한국 법학의 현주소에 대한 진단 등 실로 다양한 영역에 걸쳐 있다. 『법학』에는 특히 학계를 선도하는 선구적인 논문들이 많이 실렸다고 자부할만하다. 하술하듯 가히 최초라고 할 수 있는 글들이 다수 있다. 법원실무에 직접적인 영향을 미친 연구논문 또는 판례연구와 정확한 법현실을 파악하여 지적한 실태연구도 많이 있다.

2. 필자가 맡은 민법 분야(국제사법포함)의 경우 제3권 제2호(1962. 5)까지 실린 논문은 모두 세로쓰기전용을 하고 있다(따라서 **최초의 가로쓰기로 된 민법논문**은 김용한의 [신분법의 가부장적 구조 - 가족제도의 근본적 개혁을 위해서 -](제4권 제1·2호, 1962. 12, 70면 이하)라고 할 것이다). 오랜만에 세로쓰기로 된

1) 목하 행정안전부와 한국갤럽연구소가 함께 [인감제도 개편에 따른 국민의식 설문조사]를 진행 중이다.

글을 읽는 묘미도 있었으나 그간 가로쓰기에 익숙해진 탓인지 습관을 바꾸기가 쉽지는 않았다(참고로 최초로 가로쓰기를 취했던 일간지는 한겨레신문인데 그때가 1988년이었다). 오래된 글일수록 문제가 단아하고 내용이 명확하여 이해하기가 어렵지는 않았으나 표현법과 맞춤법에서 독자들의 이해상의 편의를 위해 다소 수정을 가한 부분들이 있다.

3. 나아가 『법학』에는 반드시 서울대에 재직 중이던 교수뿐만 아니라 타 대학 교수들도 옥고를 투고하여 『법학』지의 내실을 기하고 또 그 가치를 제고하였다. 김용한, 김주수, 김현태 교수 등이 그 예이다. 그 밖에 외국인 교수들도 적지 않았다. 한국과 오랜 인연을 가진 독일 Freiburg 대학의 Rainer Frank 교수 등이 그 예이다. 법학지에 기고한 교수들의 옥고는 『법학』지 외에도 많이 실렸으나 본고에서는 본 학술대회의 취지에 좇아, 『법학』에 실린 것만을 고찰의 대상으로 삼았다. 존칭과 직함은 지면관계상 생략한다.

II. 분류기준에 관하여

1. 필자는 이 글이 채택한 분류기준을 확정하기 위하여 우선적으로 『법학』에 실린 몇 편의 논문에서 제시된 기준들을 참조하였다. 예컨대 김증한은 [한국 민법학 30년의 회고](법학 제19권 제1호, 1978. 8, 이하에서 별 다른 표시가 없는 한 『법학』의 권/호를 의미한다)에서 민법전의 제정 전후를 중요한 구분기준으로 삼고 있다. 그리고 민법전 제정전은 다시 (해방 후) 6.25이전과 서울수복 후로 나누고 있다. 민법전 제정 후는 다시 공포 직후를 민법서의 백화난만기(1958년 2월부터 1959년 12월까지의 약 2년)로 1960년 이후는 정돈기로 지칭하고 있다. 본고는 그 후부터 1980년(정확히는 1979년 12월 말)까지를 다시 하나의 시기로 분류하고자 한다. 민법전 시행 20주년이 되는 해이기 때문이다. 그리고 그때부터 1995년 8월까지를 또 하나의 시대로 구분하였다. 광복 50주년이라는 역사적 모멘트를 무시할 수 없기 때문이다. 주지하다시피 이를 기념하는 행사들도 많이 있었다. 광복 50주년 후는 다시 2004년 민법개정안 완성 및 국회제출까지를 한 단락으로 묶고자 한다. 민법개정안 작업에 많은 민법학자들의 역량이 집중되어 있었고 이 점은 『법학』에도 반영되어 있는 점을 고려하였다. 이후부터 현재까지를

마지막 분류단위로 한다. 최근 또 다시 민법개정작업이 진행 중인 바 후일 전자를 1차 개정안, 후자를 2차 개정안, 또는 2004년 개정안과 2012년 개정안 등으로 명명할 수 있을 것이며 그에 따른 분류가 가능할 것으로 생각된다.

2. 서울대학교 『법학』은 1959년 6월부터 비로소 발간되기 시작하였으나 아래에서는 광복 후 6.25 동란까지 그리고 6.25 이후 전쟁기 및 동란 후 민법전 공포까지를 따로 간략하게 다루었다. 이 부분은 『법학』이 발간되지 않던 시기였으나, 김중환의 [한국 민법학 30년의 회고](제19권 제1호), [한국민법의 발전](제24권 제2·3호), [한국민법학의 진로](제26권 제2·3호), 양창수의 [한국 민사법학 50년의 성과와 21세기적 과제](제36권 제2호), [우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여 -](제40권 제2호) 등에 담긴 역사적 사실들을 정리하는 의미를 겸하고 있으며 그 혼란기에도 학술활동이 끊어지지 않고 있었음을 확인하는 것도 적지 않은 의미가 있기 때문이다.

III. 1945년 8.15 광복부터 1950년 6.25 동란까지

광복과 동시에 서울대학교의 입장에서 가장 드라마틱한 사건은 아마도 경성제국대학이 미군정청에 의해 경성대학으로 탈바꿈한 사실일 것이다(미군정청 법령 제15호). 그 후 주지하다시피 1946년 7월 13일 미군정의 한국인 문교부장 유익겸과 미국인 문교부장 피팅거 중령이 ‘국립서울대학교안(국대안)’ 추진 계획을 발표하고 이어 동년 8월 22일에 국립서울대학교 설립에 관한 법령(법령 제102호)을 공포하였다. ‘국대안’의 가장 중요한 특징은, 경성제국대학을 ‘일본제국주의 교육의 소굴’로 규정하면서 일제 잔재 청산을 공식적으로 내걸고 경성대학 폐지(제국대학 폐지)와 고등교육제도의 전면적 개혁을 천명한 점이라고 한다.²⁾

하지만 당시 혼돈과 격변의 시대상황을 감안한다면 이러한 가치를 구현하기까지 지난한 기다림의 과정이 필요했음을 추측할 수 있다. 김중환도 앞의 논문(제19권 제1호)에서 이 시기에 우리나라의 법학상태는 ‘일정시대’부터 전문학교 내

2) 서울대학교 법과대학 “법과 문화 포럼”, 2009년 5월 6일, 이태진 명예교수 강연문(‘국립 서울대학교 개교 원년 재조정에 관한 연구보고서(요약본)’), 7면 참조.

지 대학강단에서 법학을 강의하신 분이 극히 적었고, 교수들도 그때부터 ‘처음으로’ 공부를 하면서 대학에서 강의했던 터라 깊은 연구가 없고 그 당시의 학자들의 활동이란 대체로 ‘일본법학’을 ‘전수’한 것이었다고 한다. 그리고 당시 법률관계잡지로 해방 후 가장 먼저 출간된 것이 『法政』誌였는데 1947년에 법조인들이 주식회사조직으로 法政社를 세우고 장후영 선생이 사장이 되었다. 여기에 많은 법률논문이 실리다가 법무부의 법조협회에서 『법조협회잡지』를 간행한 후에는 이곳에도 논문들이 많이 발표되었다. 이 양잡지에 발표된 것은 현승중, 독일에 있어서의 로마법계수와 그 단계(법조협회잡지 제1권 제4호(단기 4282(1949, 이하 서기력으로 표시한다). 7), 22면~39면); 김증한, 게르만의 친족법(一)(二)(三·完)(각 법정 제4권 제6호(1949. 6), 10면~14면; 제7호(1949. 7), 25면~29면; 제10호(1949. 10), 20면~24면); 김증한, 게르만의 상속법(一)(二)(三·完)(각 법정 제4권 제12호(1949. 12), 15면~19면; 법정 제5권 제1호(신춘특대호), 41면~45면; 법정 제5권 제3호(1950. 3), 15면~20면) 등이 있으며, 저서로는 주재황, 채권각론강의(1949)(재판, 1955)(당시 서울법대에서 채권법강의를 담당하였다). 그리고 장후영의 『현대민법총론』이 1949년에 출간되었다. 이어 안이준이 일본 我妻 榮의 『민법강의』를 시리즈로 번역, 출간하였다(제19권 제1호, 76-7면).³⁾

그 외 『司法新聞』이라는 현재의 『법률신문』에 유사한 신문이 간행되었던 것 같은데, 실제로 남아 있는 인쇄본은 찾기가 곤란한 듯하다.⁴⁾

IV. 공백기(6.25 동란기)로부터 민법전 공포까지

1. 부산피난에서 서울수복에 이르기까지 그야말로 전쟁의 와중에서도 연구활동이 중단되지 않았음은 경이로운 것이다. 수복 후 한국어판 육법전서가 출간되고, 김증한/안이준이 공동편저로 『민법강의』를, 김기선이 『물권법』(1953)을, 장경학이 『현대민법총칙』(1950)을, 주재황이 『채권각론강의』(재판, 1955)를 내었다.

그 밖에도 많은 논문들이 있었지만 이 시기에 가장 중요한 활동은 민법초안연

3) 그 당시 학생들은 일본어의 독해가 가능하여 일본책으로 공부하는 경우가 많았다고 한다.

4) 양창수는 [우리나라 최초의 헌법재판이론](제40권 제2호, 1999, 125면 이하) 각주 18)에서 이 점을 지적하고 있다(“『司法新聞』을 필자는 아직 본 일이 없으며, 따라서 註 16, 17의 글도 未見이다. 이 자료를 소장하신 분의 연락을 바란다.”).

구회의 그것이라고 할 만하다. 1956년 11월 당시 주로 서울시내 소재 대학의 민사법담당교수들이 민법초안연구회를 만들어 재산법의 각 편별로 각 분과를 만들어서 각 분과는 매주 한 번 모여 토의하였으며 전체회의를 12회 가졌었다. 그 결과물로 『민법안의견서』란 책자가 국회에 제출되었는데(책으로 나온 것은 1957년 3월 중순이었다) 그 안에는 163개의 의견이 담겨 있었다. 채택된 의견으로는 공동소유의 형태로 공유 하나만을 규정하고 있던 초안에다 총유, 합유도 규정하여야 한다는 것과 초안의 “要請”을 “請約”(현승중 의견)으로 변경시킨 것이 주목된다. 민법 제535조의 ‘계약체결상의 과실’도 동연구회의 의견에 따라 신설되었다(제19권 제1호, 78면).

2. 민법초안에 대한 연구논문으로는 당시 김증한, 물권변동에 있어서의 의사주의와 형식주의·민법초안의 검토(법조협회잡지 제5권 제8·9호(1956. 12), 41면~51면)와 김현태, 민법초안의 검토(법정 제12권 제3호(1957. 3), 8면~23면) 등이 있다. 이 시기에도 대체로 일본민법의 틀에서 벗어나지 못한 상태라고 볼 수 있다. 하지만 민법전 공포 이후에는 한국 민법의 내용에 따른 새로운 교과서들이 봇물처럼 쏟아졌다.

V. 1958년 2월 민법전 공포 후부터 1959년 12월까지

1. 이 시기를 김증한은 ‘민법서의 百花爛滿期’라고 명명한다. 당시 민법전이 공포되자 민법강의를 담당하고 있던 거의 모든 교수나 실무자가 강의서를 출간하여, 마치 백화가 만발한 양상을 보였기 때문이다(77면). 그 중 가장 활발한 활동을 한 사람은 김용진이었다. 1958년 중에 총칙, 물권, 채권총론 및 채권각론을 모두 내었다. 김증한/안이준의 신민법총칙, 장경학의 신물권법총론(1958), 신물권법각론 상(1959)(하, 1960), 최식의 신물권법(1958)(신물권, 담보물권법, 1960), 김증한/안이준의 신채권총론(1958), 김기선의 신채권총론(1959)(신채권각론, 1960), 김현태의 신민법 채권각론강의(1958), 채권총론강의(1959) 등 상당히 많은 책들이 쉴 사이 없이 출간된 것이다. 거의 모든 교과서가 ‘신’이라는 접두어를 붙이고 있음이 시선을 끈다. 한국의 독자적인 민법전 공포에 대한 모든 학자들의 자부심과 드높았던 의기를 실감하게 된다.

2. 당시 『법학』에는 3편의 민법논문이 실렸다. 먼저 『법학』지 최초의 민법분야 연구논문이 게재되었다. 박윤직의 [부동산물권변동에 있어서의 공신의 원칙에 관하여](제1권 제1호, 1959.6, 135면 이하)란 논문은 부동산물권변동에 있어서의 공신의 원칙문제를 등기의 공신력의 의의 및 그 사회적 기능, 독일과 프랑스에서의 입법례 그리고 공신의 원칙을 인정하는데 필요한 전제적 기초라는 관점에서 각각 분석하고 있다. 특히 마지막 논점과 관련하여, 공신의 원칙을 필요로 할 정도로 빈번한 부동산거래가 이루어지는 사회·경제적 수준에 이르렀을 경우에도 진정한 권리자에 희생이 발생하면 그 손해를 전보하는 제도를 정립할 필요성을 강조한다. 등기공무원의 심사권과 특별한 배상제도 등 2가지의 구체적 대안이 강구되어야 한다고 주장한다(161면). 전자와 관련하여서는 실질적 심사주의를 취하든 형식적 심사주의를 취하든 이른바 공정증서의 작성이 유용함을 피력하고 후자와 관련된 범위에서는 국가배상제도 내지 공적보험제도를 검토하고 있다. 그 밖에 등기가 부동산의 동일성을 정확하게 표시할 수 있도록 지적도, 토지대장, 가옥대장(이것이 토지대장보다 훨씬 부정확하다고 한다)을 제대로 정비하여야 함을, 그 실행비용의 막대함과 함께 지적하고 있다(171면). 흥미로운 것은 부정부동산등기의 문제점 중 하나로 인감증명제도의 불확실성을 들고 있는 점이다(173면). 대장의 문제점과 인감증명제도의 문제점은 이로부터 18년이 지나 김현태의 논문(제19권 제1호, 상세는 이하 VI. 부분 참조)에서 또 다시 지적되고 있는바 필자의 견해로는 오늘날에도 근본적인 문제점은 여전히 고질병처럼 남아 있다고 생각된다.

3. 다음으로 『법학』지 최초의 민법분야 판례연구가 기고되었다. 김증한의 [교회가 분열한 경우의 교회재산의 귀속](제1권 제1호, 209면 이하)이 그것이다.

이 논문은 [단기 4289년 민상 제569호]사건을 평석한 것이다. 사실관계는 다음과 같았다. 대한예수교장로회총회에 소속되어 있던 안양교회가 대한기독교장로회총회가 조직되면서 전자에 소속하는 X교회와 후자에 소속하는 Y교회로 분열되었다. 교회의 분열과정과 병행하여 동교회당의 신축공사가 진행되었었고 완공된 후에는 우선 ‘안양장로교회’ 명의로 등기되었던 것을 ‘대한기독교장로회안양교회’로 명칭을 변경한 것이 본 사건의 시발점이 되었다. 즉 X교회는 Y교회에 대하여 소유자명의변경등기의 말소를 청구하는 본소를 제기한 것이다. 원고는 대한기독교장로회는 새로 탄생한 별개의 교파임을 전제로 하고, 별개 교파로서의 소속변

경은 당회나 제직회의 결의로써는 물론 공동의회의 결의로써도 할 수 없고(할 수 있다고 하면 신도에게 개종을 강요하는 것이 되기 때문에), 일부 교인이 분파행동으로 별개교회를 조직하였다 하더라도 그로 인하여 종래의 예수교장로회안양교회의 존재에는 하등 영향될 바 없으며 동교회 소속재산에도 변동이 초래될 수 없는 것이라고 주장하였다. 원심은 원고의 손을 들어 주었으나 대법원은 원심을 파기환송하였다. 대법원은 「... 동일 교회의 敎徒가 수파로 분리되어 수개의 교회로 분립하는 경우에는 그 분리당시의 교회소속재산은 그 귀속에 관하여 일부교파의 소유에 귀속할 특정한 사유가 없으면 원칙적으로 그 분리 당시의 교회소속 교도의 占有로서 그 총의에 의하여 그 귀속을 결정할 것이고 결코 자동적으로 그 분립된 교파 중 어느 것의 단독소유로 되는 것은 아니라 함이 이미 본원이 판시한바(단기 4289년 민상 제182호 참조) 원심의 인정사실 및 이유를 通覽하면 원심은 위 법리를 正解하지 못함으로 인하여 심리를 다하지 않고 원고의 청구를 인용한 위법에 있어서 파기를 면치 못할 것」이라고 판시하였다(맞춤법을 현대에 맞게 약간 교정하였고 생략과 강조도 필자가 가하였다). 김증한은 이 평석에서 먼저 대법원의 판시내용은 아무런 법리적 판단도 담고 있지 않기⁵⁾ 실질적으로 재판거부, 즉 헌법이 보장한 기본권의 박탈이라고 비판한다. 그리고 대법원이 사용한 ‘합유’라는 용어는 비법인사단의 공동소유형태에 대한 조선고등법원시절의 용어일 뿐이고 민법이 제정된 후 민법전의 용어는 ‘총유’이므로 향후 ‘총유’라는 용어를 사용해야 함을 지적하였다(212-4면). 나아가 당회나 제직회는 소속교파의 변경을 결의할 권한이 없음(각개인의 신앙의 자유를 강요할 수 없음을 이유로)과 敎徒總會라도 분열로 의견이 대립할 경우에는 설사 다수결을 통해서라도 교회재산의 귀속을 결정할 권한이 없음을 전제로 하여, 결국 아무런 교회재산에 대한 결정도 없는 상태에서 교회가 분열해 버린 경우 그 재산의 귀속관계는 다음과 같다고 한다. 즉 교회재산은 분열된 두 개의 교회의 공유에 속하고, 그 공유지분이 각 교회의 敎徒全體에 총유적으로 귀속한다고 解하는 수밖에 없다. 그리고 그 지분의 비율 또는 분할방법에 관하여 다툼이 있을 때에는 법원에 그 역할을 청구할 수 있다고 한다(218면). 공유지분처럼 총유-지분이라는 개념을 사용한 것이

5) 판시 내용 중 “‘분열 당시의 교회소속교도 전체의 총유’라는 것을 성립할 수 없는 관념이고 ... 그럼에도 불구하고 판지가 법률상의 불가능을 판시한 것은 실질적으로는 재판거절을 의미하는 것이라고 아니할 수 없다”(생략은 필자가 가함)고 서술하고 있다(216-7면).

특이하다. 이 점에 관해서는 학설대립이 있으나 여기에서는 생략한다.

이 글에서의 대법원의 용어법에 관한 지적은 실제로 판례에 영향을 미쳤다. 이 평석 후 60년대 후반에 와서야 법원의 용어법이 ‘총유’로 바뀌었음을 저자 스스로 확인하고 있다(제19권 제1호, 81면). 1960년 1월 1일부터 시행된 민법전에 ‘총유’가 명문으로 규정되었음에도 불구하고 이것이 실무상 정착되기까지는 약 10년 가까운 시간이 소요된 것이다.⁶⁾

4. 동저자의 [소멸시효완성의 효과](제1권 제2호, 1959. 12, 249면 이하)는 현행민법이 의용민법 제167조(‘소멸한다’)와는 달리 ‘소멸시효가 완성한다’고 규정함에 착안하여 당시 지배적 학설이었던 절대적 소멸설을 비판하고 상대적 소멸설을 주장한다. 소멸시효가 완성하면 소멸시효의 이익을 받을 자에게 권리의 소멸을 주장할 권리, 이른바 권리부인권이 생기며, 이것은 형성권의 일종이라고 하였다.

VI. 1960년 1월 1일(민법전 시행)부터 1979년 말까지 (민법전시행 후 20년)

1. 김증한은 1960년대에 들어와서 민법서들이 백가쟁명의 시기를 벗어나 점차 정돈기에 들어갔다고 평가한다(제19권 제1호, 78면). 정돈기에 가장 빛나는 업적을 낸 학자는 박윤직 교수였다. 물권법(1963)(전정판, 1975), 민법총칙(1963)(전정판, 1975), 채권총론(1964)(전정판, 1976), 채권각론(상, 1967; 하, 1971; 단권화된 전정판, 1977)이 모두 박윤직의 저서이다. 그 밖에 김용한의 민법총칙(1971), 물권법론(1975), 황적인의 민법강의(상)(1976), 물권법강의, 채권각론강의(각 1977), 채권총론강의(1978), 이태재의 채권총론신강(1964), 채권각론신강(1967), 민법총칙강의(1978)는 프랑스민법의 연구성과를 상당히 반영하고 있는 점에서 특색이 있다. 신분법 분야에서도 활발한 저술활동이 있었다. 이회봉의 친족상속법 연구

6) 김증한은 당시 민법초안연구회가 제안한 163개 의견 중 채택된 것도 있고 채택되지 않은 것도 많았다고 하면서, 채택된 의견 중 가장 큰 것으로 공동소유의 형태로 공유 외에 총유와 합의까지 규정하기로 한 것을 들고 있다(제19권 제1호, 80면).

(1957), 정광현의 한국친족상속법강의(상, 1959), 신친족상속법요론(앞의 책의 수정증보판, 1961), 김주수/김용한의 신친족상속법, 신친족상속법강의(1960), 친족상속법(공저, 1963) 등이 있다. 그 중 정광현의 한국친족상속법강의는 민법전 시행전의 구관습법상의 친족상속법을 정리한 것으로 불후의 명저로 평가되고 있다. 정광현은 서울대 학술총서로 한국가족법연구를 출간하기도 했다(서울대학교 출판부, 1967). 이 책은 총 4편(852면)과 부록편 『친족상속법입법자료』(653면)에 이르는 방대한 양의 연구업적을 담고 있다.

2. 이 시기에 본고가 정리한 논문은 총 43편인데 그 중 6편의 국제사법논문(2편(김용한, 제2권 제2호; 김진, 제4권 제1·2호)은 가족법적 내용도 함께 다루고 있지만 외국적 요소를 주요하게 다루고 있어서 국제사법으로 일단 분류하였다. 국제가족법이라고 지칭하는 것이 보다 정확한 분류일지도 모른다)과 5편의 가족법논문이 게재되었다. 나머지는 재산법 분야의 국내법 해석론 및 법제사적, 비교법적 연구 등 다양한데 특히 [민법부칙 제10조의 위헌성](제10권 제1호, 1968. 8, 41면 이하)에 관한 박운직의 논문은 필자가 다룬 민법분야에서 **민법규정(부칙포함)의 위헌성 문제를 다룬 최초의 『법학』지 논문**이라고 생각된다. 민법학자의 시각에서 헌법을 논하고 있기 때문이다(이러한 관점은 이로부터 약 30년 후 [헌법과 민법 - 민법의 관점에서](제39권 제4호), [우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여 -](제40권 제2호)에서 재론되고 있다(이하 VIII. 2. 참조)).

3. 이 논문은 민법부칙 제10조의 위헌문제를 다루고 있다. 현행민법을 제정하면서 신·구법 간의 차이로 인한 혼동을 막기 위하여 경과규정을 두었는데 그 형태로 「민법시행법」과 같은 독립된 법률을 두지 않고 비교적 간단한 「부칙」을 두어 과도적인 문제의 해결을 꾀하였다.⁷⁾ 이 중 부칙 제10조 제1항과 제2항은 법률행위에 의한 물권변동에 관한 경과규정인데 당시 학설과 판례는 대체로 이 규정의 합헌성을 전제로 그 해석론을 전개하였다(53면). 이 글은 大法院 1966년 9월 20일(66다1151호)(대법원판결집 제14권 3집 47면)를 계기로 위 법조의 위헌

7) 오늘날은 사정이 변하여 늦어도 1984년 9월 1일 대통령령 제11493호에 의해 민법 제312조의2 단서의 시행에 관한 규정이 당일부터 시행되고 있다.

성 여부를 검토한다. 특히 헌법 제20조 제1항의 재산권 보장을 두 방면으로 나누어 볼 때 재산권의 보장측면과 권리자의 법적 지위의 보장측면에서 위 조항은 모두 위헌이라고 밖에 할 수 없다고 한다. 따라서 앞의 대법원 판례는 부당하며 법원이 위헌성을 이유로 그 무효를 선언했어야 했다고 주장한다(56면). 독일민법 시행법 제189조에서와 마찬가지로 구법에 의한 물권변동에는 구법의 규정을 그대로 적용하는 것으로 규정하였어야 했으며, 또한 그렇게 규정하였더라도 아무런 문제도 생기지 않았을 것이라고 한다(57면).

4. 『법학』지 최초의 가족법분야의 논문은 김주수의 [가족법의 발전](제2권 제2호, 1960. 12, 335면 이하)이다. 이 글은 반세기전 한국 가족법의 현상을 정확히 진단한 선구적 내용을 담고 있다. 먼저 민법전 제정과 함께 도입된 ‘강제분가제도’가 현실을 외면한 제도로서 종전의 폐단을 시정하기에는 부족하다고 비판한다. ‘동성불혼의 원칙’을 신사복을 입은 사람에게 옛날 감투를 씌우려는 우스꽝스러운 연극에 불과하다고 하고, 당시 정부안은 동성불혼을 폐지하는 것이었는데 법사위를 거치면서 근친에 한하여 혼인을 금지하는 수정안으로 변경되어 국회에 제출되었는데 이마저 보수적인 국회의원들에 의하여 부결되고 만 점을 통탄하며 그 이유가 당시 의원들이 극소수의 유럽과 등에 의한 압력에 굴복했던 데에 있다고 지적한다(343면). 또 당시 6개월의 재혼금지기간규정은 여자에게 가혹한 결과를 가져올 위험성만을 내포하고 있음과(345면), 이혼청구권의 도입도 사실상 夫의 일방적인 이혼요구에 처의 동의를 강제하여 협의의 성립을 위장케 하는 사례가 많음에 경종을 울리고 있다(347면). 나아가 상속분야에서도 여전히, 해방 후 시행된 농지개혁 후에도, 중국의 영향을 받은 宗法制의 지배에서 벗어나지 못하고 있던 당시 실상을 낱낱이 지적하면서(350-3면) 종래 우리나라의 선조들이 얼마나 중국제도를 맹종해 왔던가를 비판하였다. 끝으로 민법제정에도 불구하고 입법자의 보수성으로 인해 혁신적인 개혁입법이 이루어지지 못하였는데 이것은 당시 우리나라의 민주주의의 수립을 위하여 지극히 유감된 일이라고 토로하였다(354면).

5. 또한 『법학』지 최초의 국제사법 관련 연구가 실렸다. 김용한의 [재외한국인의 혼인과 이혼원인](제2권 제2호, 1960. 12, 363면 이하)이 그것인데 이것은 「판례연구」에 해당하는 것이었다. 외국적 요소가 있는 법률관계에서 그 관할과 준거법

에 관한 문제를 다루는 것이 국제사법이라고 한다면 이 글은 『법학』에 실린 **최초의 국제사법관련 판례연구**라고 할 수 있다. 문제된 사안은 단기 4293년(1960년) 4월 5일자 서울지방법원 민사부판결(단기 4292년 민제1691호 이혼청구사건)인데 당시 도미유학 중 만나 조지아 주에서 결혼했던 노모남(원고)과 정모녀(피고)간의 이혼사건을 다룬 것이다. 재판부는 원, 피고가 1956년 혼인거행지인 조지아주법의 혼인방식을 따라 혼인한 자들로 우리 국법상 적법하게 혼인한 부부로 판정하였다. 그리하여 원고가 주장하는 이혼사유가 민법 제840조 제2항에 규정된 「배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때」에 해당한다고 보아 원고가 피고에 대하여 이혼의 선언을 구하는 본소청구를 이유 있다고 판시하였다(364면)

오늘날의 관점에서도 무척 흥미로운 이 판례평석은 우선 당시, 아직 섭외사법이 제정(1962년 1월 15일, 2001년 4월 7일 법률 제6465호에 의해 [국제사법]으로 전면개정되었다)되지 않은 관계로, 일본 법례를 의용하던 시절인 탓에 법례 제13조 제1항(「혼인성립의 요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를 정한다. 단 그 방식은 혼인거행지의 법률에 의한다」)의 해석론을 출발점으로 삼았다. 즉 평석 대상사건에서 원, 피고가 조지아주법에 따라 혼인식을 거행하기는 하였으나 아직 호적법상의 신고를 하지 않은 바 절차법적으로 무효가 아닌가 하는 의문이 들 수도 있지만, 통상의 혼인의 경우에는 혼인신고가 창설적 신고사항이지만, 대상사건과 같은 사안구조에서는 위 법례 조항에 따라 형식적 요건을 갖추었다면 호적예의 등재여부가 혼인성립에 직접적인 영향을 끼치는 것은 아니라고 해석하며 이 경우 호적법은 재외한국인의 신분동태의 파악 내지 호적정리상의 필요에 의해 요청되는 절차규정에 불과하다고 주장하였다. 호적법상의 혼인신고는 그 성격이, 대상사건과 같은 경우, 보고적 신고의 일종으로 變轉된다는 것이다. 이에 위 판결이 원고와 피고의 결혼이 국내법상으로도 유효하게 성립하였다고 본 것에 찬성을 하였다. 오늘날의 시각에서 의외인 하지만 흥미로운 점은 그 다음인데 당시 원고는 귀국에 즈음하여 피고에게 함께 귀국할 것을 요청하였으나 피고는 계속 체미하겠다는 이유로 거절하였다. 그 후 홀로 귀국길에 오른 원고가 서신을 내어 혼인관계의 계속여부를 결정짓자고 문자 혼인관계를 유지할 의사가 전혀 없음을 표명하고 심지어 원고의 재혼을 촉구까지 하였는바, 위 판결은 원고의 이혼을 인용하며 그 이유로 위 사유는 민법 제840조 제2호 「배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때」에 해당한다고 설시하였었다. 그런데 저자는 이를 비판하면서 이혼인용의 근거로서 민법 제840조 제3호 「배우자로부터 심히 부당

한 대우를 받았을 때』 또는 동조 제6호 「기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때」를 드는 것이 보다 타당하다고 주장하였다. 피고가 체미를 고집한 정당한 이유가 있을 수도 있으며 피고가 부부의 동거의무를 명시적으로 거절한 적이 없음이 주어진 사실에 의하여 명백하기 때문이라는 것이다. 또한 원고의 서신에 대한 답으로 피고가 혼인관계의 계속유지의 의사가 없음을 표명하고 원고의 재혼을 촉구한 것은 “배우자에 대한 중대한 모욕이 아닐 수 없다”고 보았다(371면). 부부 간에 성격이 맞지 않아 쉽게 헤어지고 다시 만나 재혼하는 사례가 빈번한 오늘날, 또한 이혼한 후에도 어떤 경우에는 친구사이로 남는 예들도 볼 수 있는 오늘날의 관점에서 볼 때 ‘재혼의 촉구’가 과연 여전히 ‘배우자에 대한 중대한 모욕’으로 평가될 수 있겠는가 하는 의구심을 필자로선 떨칠 수 없지만 당시의 ‘부부생활에 대한 동시대인의 마음자세’를 엿볼 수 있는 부분이라 필자의 주목을 끌었다.

6. 그 밖에 [법률행위로 인한 물권변동에 있어서의 등기청구권 - 물권적기대권설에 대한 비판을 중심으로 -](곽윤직, 제3권 제1호, 1961. 7, 35면 이하)는 당시 학계에서 물권행위와 채권행위의 관계 내지 물권행위의 본질론과 관련하여 전개되었던 뜨거운 논쟁에 기여한 논문이다(무엇보다 후술하는 [물권적 기대권론](제17권 제2호)을 참조하라). 요지는 등기청구권의 성질을 규명하기 위해 독일이론인 「물권적 기대권론」을 끌어들이 필요는 없다는 것이다. 우리나라는 독일과는 달리 공동신청주의를 취하고 있으며, 물권적 합의에 특별한 방식을 요구하고 있지도 않는 이상 등기청구권의 근거를 원인행위인 채권행위에서 찾아야 한다고 주장하였다. 즉 어떤 물권변동을 목적으로 하는 채권행위가 있으면 그 채권행위에서 등기청구권은 당연히 발생한다는 것이다. 동저자의 [전세권제도에 대한 약간의 고찰](제3권 제2호, 1962. 5, 263면 이하)은 먼저 전세금을 보증금, 차임의 지불방법, 부동산질과 다른없는 신용의 공여 등 복합적 성질의 것으로 규정하고, 당시 경매법 제3조 제2항, 제34조 제3항(이 조항을 김증한의 주장이 입법화된 것으로 설명하고 있다. 288면) 및 민사소송법 제608조 제2항 그리고 파산법(1962년 1월 20일자 법률 제998호) 제84조의 체계조화적 해석론을 근거로 전세권자에게 우선변제권을 인정하더라도 그것은 임의경매에 한정되며, 민사소송법의 강제경매의 경우에는 인정될 수 없다고 주장하였다. 특히 당시 해당 경매법과 파산법 규정을 ‘교묘한 입법’, ‘입법의 과오’로 규정하고 이로 인해 ‘기이한 (해석)결과’(괄

호 안은 필자가 부기)가 불가피하다고 지적하면서(291면), 실체법상의 입법적 조치를 촉구하였다(292면). 이와 같은 주장은 실제로 입법화되어 1984년 4월 10일 법률 제3723호에 의해 전세권자에게 ‘우선변제권’이 인정되기에 이르렀다(민법 제303조 제1항). 이 논문은 매우 복잡한 성격을 띤 한국 고유의 물권인 ‘전세권’에 관한 보다 철저한 연구’를 촉구하기도 하였는데, 이로부터 46년이 지나 『법학』 제49권 제3호(남효순, 2008. 9, 181면 이하)에 [전세금과 전세권의 관계]가 실렸으며, [용익기간 중 전세물의 양도와 전세금반환의무의 이전여부]가 동저자에 의해 『법학』 제49권 제4호(2008. 12, 373면 이하)에 게재되었다. 반세기에 걸친 전세권법리의 발전을 통괄할 수 있는 논문들이라고 하겠다.

7. 민법분야에서 『법학』지 최초의 가로쓰기 논문은 김용한의 [신분법의 가부장적 구조 - 가족제도의 근본적 개혁을 위해서 -](제4권 제1·2호, 1962. 12, 70면 이하)와 동권 동호에 실린 [혼인에 대한 법의식의 실증적 고찰](김주수, 100면 이하)과 [고아입양특례법](김진, 124면 이하)이다.

[고아입양특례법]은 『법학』지 최초의 국제사법 관련 연구논문(국제입양법에 관한 최초의 논문이라고 하는 것이 보다 정확한 표현일 것이다)이라고 할 만하다. 당시 박정희 정권에 의해 졸속 입법된 ‘고아입양특례법’(1961년 9월 30일 공포 법률 제731호, 이하 특례법이라 약칭함)을 조목조목 비판하였다. 입양에 관한 내용도 다루어 가족법논문으로 볼 수도 있겠으나 주된 내용은 국제-입양에 관한 것이므로 국제사법 관련 논문으로 분류하였다. 특히 3. 섭외사법과 특례법(127면 이하)에서 1962년 1월 15일자로 공포된 ‘섭외사법’이 고아입양특례법보다 신법인 점을 이유로 양법률 간의 해석상의 조화문제를 다루고 있으며, 특례법 제1조의 취지도 ‘귀찮은 고아들을 해외로 마치고 강아지 나누어주는 식으로 보내버리자는 감’을 준다고 비판하고, 동법이 섭외사법과의 관계를 전혀 언급하지 않은 점도 지적하였다(125면). 나아가 당시 미국의 이민법이 개정된 까닭에 특례법 제6조상의 이른바 不在入養(Proxy Adoption)제도의 효용가치에 의문을 제기하였다. 결국 동법의 치명적인 약점으로 섭외사법과의 균형을 이루지 못한 점과 이것이 마치 민법의 특례법인 양 하는 인상을 주는 점을 꼽고 있다. 끝으로 고아만을 대상으로 하는 것이 아닌 일반적인 의미에 있어서 국제입양법을 구상해 볼 것을 제안하였다. 이 논문은 이러한 내용 전반에 비추어 보건대 적어도 필자가 담당할 분야에서는 『법학』지 최초의 국제입양법 관련 연구논문이라고 할 것이다.

8. [사실적 계약관계에 관한 약간의 고찰 - 법률행위의 무효·취소의 제한이론을 중심으로 -](최종길, 제5권, 제1·2호, 1963. 12, 40면 이하)는 독일의 사실적 계약관계이론을 계속적 계약관계, 특히 사실상의 조합, 노동관계, 임대차관계 등을 중심으로 면밀히 검토한 후, 이들의 계약기초에 하자가 있는 경우에도 일단 유효한 것으로 취급하여 무효·취소의 일반법리가 원칙적으로 적용되지 않는 것으로 보고, 무효·취소의 원인이 현존하여 계속적 계약관계를 지속할 수 없는 중대한 사유가 될 때에는 부득이한 사유로 인한 해지로써 그 사실적 계약관계를 장래에 향해서만 소멸케 함이 타당할 것이라고 주장하였다. 오늘날의 시각에서는 이미 극복된 이론으로 평가되는 사실적 계약이론을 당시 ‘대체적으로 타당성을 가지며 충분히 고려의 가치가 있는 이론임을 일단 시인’하는 것으로 결말을 지었던 저자의 고민이 논문 전체에서 전해진다. 자세한 내용은 지면관계상 할애한다.⁸⁾

9. 독일의 이론을 소개한 글로는 그 밖에 [부동산물권변동에 있어서의 이른바 물권적 기대권에 관한 서독연방대법원의 판결](곽윤직, 제8권 제2호)과 [독일에서의 동권이론의 전개와 입법 - 신분법리론의 일입법례적 고찰 -](김용한, 제9권 제2호)이 있다. [소유권유보부매매의 법률관계에 관한 고찰](최종길, 제9권 제2호)도 마찬가지로 분류할 수 있을 것이다. 독일의 이론인 ‘물권적 기대권론’을 기초로 하여 소유권유보부매매의 법리를 설명하고 있기 때문이다. 그리고 ‘물권적 기대권’이란 개념을 국내에 처음 소개했던 김증한은 [물권적 기대권론](김증한, 제17권 제2호, 1976. 12)이라는 60면이 넘는 장문의 논문을 발표하였다. 특히 그 도입부에서 1960년에 ‘물권적 기대권’이라는 개념을 소개한 이유를 “우리 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 채택하였지만 물권거래를 등기하지 않고 지내는 습성이 가까운 장래에 근절되리라고 기대하기는 어렵고, 그렇게 되면 등기가 권리관계를 여실히 반영하지 못하는 결과를 가져올 것이기 때문에, 매매계약후 물권행위까지 필요였음에도 불구하고 아직 등기가 되지 아니한 상태를 법적으로 어떻게 설명하느냐”에 있었다고 밝히고 있다(5면). 물권적 기대권의 개념과 그 인정의 실익(6-12면), 물권법체계 속에서의 위치(15-28면)를 자세히 논하였고, 그 간 학계에서 제기되었던 예비판론을 상세히 검토하였다(55-65면). 특히 물권행위

8) 이를 계승한 라렌츠의 ‘사회정형적 행위론’에 대해서는 이호정이 1974년 『경제논집』에 글을 쓴 적이 있으나 『법학』지의 논문이 아니므로 여기에서는 다루지 않는다.

의 독자성을 전제로 물권적 기대권론을 전개하면서, 독일법상 Auflassung이 등기원인으로 되어 있는 것과 똑같이, 당시 부동산등기법 제40조상의 「등기원인을 증명하는 서면」으로 소위 매도증서만이 사용되는 것이 당시 등기의 실재이며, 등기부에 「○○년 ○월○일자 매매」라고 기입되는 일자는 이 매도증서의 일자임을 지적하고 있다. 즉 등기의 실재에 있어서도 채권계약인 매매가 등기원인이 되고 있는 것이 아니라, 그 이행으로서 한 물권행위(소유권이전의 합의)가 등기원인으로 되고 있는 것이라고 주장하였다. 『법학』지 반세기를 정리하는 입장에 있는 필자는 이 자리에서 다만 부동산등기특별조치법(1990년 8월 1일 법률 제4244호)에 의해 그 이전에 관용되던 「매도증서」라는 것이 폐지되고 「점인계약서」로 대체되었음을 상기할 때 「등기의 실재」라는 것이 ‘건전한 부동산거래질서를 확립’한다는 명분하에 각 시대마다의 조치(주로 민사특별법의 제정이었다. 가령 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 등)로 인해 계속하여 변천해 왔음을 적어두고자 한다.

10. 기타 [신분법판례연구 - 학대·모욕을 원인으로 한 이혼청구사건 -](정광현, 제5권, 제1·2호, 72면 이하)은 전직고관인 남편이 퇴직 후 아내의 간통을 이유로 이혼하기 위하여 아내를 간통죄로 고소하였으나 무죄의 확정판결을 받게 되자 부부가 같이 살 수 없는 중대한 모욕과 학대를 이유로 이혼청구의 소를 제기하여 원고 승소의 확정판결이 나기까지 약 5년이 걸린 사건을 다룬 것이다. 먼저 1심은 원고청구기각판결을 내렸고 원고의 항소에 따른 2심에서도 역시 항소기각판결을 받아 상고하였는데, 대법원이 원판결을 파기하고 환송하였다. 이에 원심법원이 원고의 청구를 인용하여 원심취소판결을 내리자 이번에는 피고가 대법원에 불복상고하였고 대법원은 1963년 5월 9일 피고의 상고를 기각함으로써 원고의 승소가 확정된 사건이었다. 결론에 있어서 유책한 배우자의 이혼청구를 인용한 것인데 이 점을 저자는 비교법적 관점에서 비판하면서, 특히 우리나라와 같이 배우자에 대한 재산분여권을 인정하지 않는 민법 하에서 이혼 후의 배우자의 생활문제를 고려하여 이혼청구를 거부할 이유가 일층 더 의의있다고 주장하였다(100-3면). 그 밖에 민법 제840조 제1호 내지 제5호와 제6호(기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유)와의 관계에 대한 해석상의 문제와 이혼사유와 관련하여 당사자가 주장하는 사실이 그 원인에 해당되지 않고 다른 원인에 해당될 때 재판소(당시는 법원을 재판소라고 지칭하는 것이 보통이었던 것 같다)는 이혼의 판결을 내릴 수 있는가의 문제를 향후의 연구과제로 제시하였다(105면).

[집합주택(아파트)의 구분소유에 관한 비교법적 실태적 고찰](최종길, 제11권 제2호, 1969. 12)은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」이 1984년 4월 10일 법률 제3725호에 의해 비로소 시행되었음에 비추어 볼 때 **가히 선구적인 논문**이라고 할 수 있다.

[이행불능의 유형적 고찰](황적인, 제18권 제1호)은 채무불이행의 한 유형인 이행불능에 대하여 ‘개념적’ 접근이 아니라 ‘유형적’ 접근을 시도한 논문이다. 그 밖에 「불능」을 소재로 한 논문은 [원시적 불능론(1)](제27권 제2·3호), [원시적 불능론(2)](제28권 제3·4호), [원시적 불능론(3)](각 양창수, 제29권 제1호)이 있는데, 원시적 불능 전반에 대하여 매우 포괄적인 이론적, 실제적 검토에 기초한 것이다.

[최근의 국제사법이론의 동향에 관한 연구 - Kegel과 Juenger의 논쟁을 중심으로 -](이호정, 특별호 제4호, 1979. 12, 139면 이하)는 『**법학**』에서 **국제사법의 이론을 정면으로 다룬 최초의 논문**이라 할 것이다. 특히 전통적인 고전적 국제사법체제와 국제사법이론에 대한 Juenger의 비판(better-law approach)을 소개한다. 즉 법관은 외국관련이 있는 사건과 관련이 있다고 생각되는 내·외국의 구체적·개별적 실질법규정들(내·외국의 포괄적인 법질서가 아니다) 중에서 실질적 정의에 입각하여 사건을 실질적으로 가장 타당하게 해결할 수 있는 규정 즉 better-law를 선택하여야 한다는 것이다. 이에 대해 고전이론의 대표적인 이론가인 Kegel의 반비판론, 즉 국제사법의 임무는 원칙적으로 국제사법적 정의에 입각하여 ‘장소적으로 최량의 법’(개개의 실질법 규정이 아니라 어떤 나라의 법질서)을 선택·적용하는데 있으며, 국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 실질법의 내용의 통제는 그 임무가 아니라는 반비판론을 소개하고 있다. 저자의 견해는 후일로 미루고 일단 치열한 논쟁의 일단을 소개하는데 그치고 있지만 **본격적인 국제사법의 이론적 테마를 처음으로 다룬 논문**으로 생각된다.

11. 김증한은 [한국민법학 30년의 회고](제19권 제1호, 1978. 8, 76면 이하)에서 많은 판결집들이 간행되고 있음을 들면서 ‘이제는 판례를 입수할 수가 없어 대학교수가 판례평석을 못한다는 말을 못하게 되었다’고 하였는데 그 후 30년이 지난 오늘날 실무계와 학계의 격차는 정말 많이 좁혀졌다고 할 만 하다. 이는 특히 로스쿨개원을 계기로 실무계로부터 학계로의 활발한 진출 및 그 역방향(양창수 대법관의 예)으로의 이동에 덕 본바 크다고 생각된다.

이 글에서 김증한은 **민법학이 정립해야 할 세 가지 분야**로 이론연구, 판례연구 및 실태조사를 꼽고 있다. 민법분야에서 『법학』에 실린 최초의 대법원 판례평석은 김증한의 [교회가 분열한 경우의 교회재산의 귀속](제1권 제1호, 1959.6, 209면 이하)이다(내용은 위 IV. 부분 참조). 민사법학회와 민사실무연구회에서 활발한 판례평석활동을 하였으며 서울대학교 법학연구소에서도 판례회고를 발간하였다. 당시 우리의 법생활에 대한 실태조사는 아직 미약한 상태라고 평가하였다(82면).

『법학』 동권 동호에 위 김증한 교수의 논문에 이어 김현태의 [부동산등기제도의 결함과 그 개혁방안](제19권 제1호, 1978. 8, 83면 이하)이 실려 있는데 이 글은 김증한이 지적한 세 가지 중 실태조사에 해당하는 것이다. 이 논문은 당시 우리나라 부실등기의 발생원인을 부동산등기법제의 불비, 등기사무처리의 불완전성, 대장제도의 부실 등으로 대별하고 있다. 즉 부실등기의 실태와 원인을 조사하여 적극적으로 등기법제를 시정, 보완하는 한편 행정적인 면에서의 개선방안을 강구하고 있다. 특히 부실등기가 만연하고 부동산사기사건도 증가하는 문제점을 지적하면서 실질적 심사주의를 가미한 등기제도개선을 주장하였다. 흥미로운 점은 지금으로부터 30년 이상 전인데도 불구하고 그 부실등기의 유형과 원인이 오늘날의 그것과 매우 유사하다는 것이다. 먼저 등기의 회피, 등기신청인의 오기, 등기공무원의 착오 또는 유류, 대장제도의 결함, 등기부의 변조, 등기신청인의 위조·변조된 서면에 의한 기망 등을 부실등기의 유형으로 분류하고 있는바, 당시 등기부의 변조나 위조·변조서면에 의한 등기공무원 기망행위가 부동산사기사건의 수단으로 매우 심각한 사회문제를 야기하고 있다는 지적(87면)은 최근에도 가끔 보도되는 소식들과 크게 다르지 않다.⁹⁾ 나아가 등기제도상의 결함요인으로 등기원인증서제도의 부실, 보증서제도의 부실, 인감증명제도의 부실, 대장제도의 부실을 들고 있으며(87-91면), 등기제도의 개선방안으로 등기원인증서의 공증화, 심사요건으로서의 주소증명의 첨부, 표제부등기에 관한 등기공무원의 실질적 심사권의 부여

9) 2009년 5월 8일자 www.joins.com에 따르면 시가 50억 원대의 남의 땅을 몰래 팔아넘긴 현대판 ‘봉이 김선달’ 일당이 경찰에 붙잡혔다. 서울 혜화경찰서는 위조한 인감증명과 주민등록증을 이용해 남의 땅을 헐값에 팔아넘긴 혐의(공문서 위조 등)로 7일 최 모(66)씨 등 2명을 구속하고 정 모(52)씨 등 10명을 불구속 입건했다. 최 씨 등은 지난 1월 초 경기도 안성시 경부고속도로 부근의 임야 4만 5,000m²(시가 50억 원 상당)의 주인인 김 모(72)씨의 인감, 주민등록증, 토지대장 등을 위조해 김 씨 행세를 하며 “급한 사정이 있어 땅을 13억 원에 싸게 판다”고 서 모(47)씨를 속인 뒤 계약금 3억 원을 챙긴 혐의를 받고 있다고 한다.

를 제도적 측면에서의 개선방안으로 제안하고, 등기공무원의 전문화와 사법서사의 자질향상을 행정적 측면에서의 개선방안으로 주장하였다(91-3면). 오늘날의 시각에서도 필요한 변경을 가한다면 비슷한 지적이 가능하지 않을까 생각된다.

VII. 1980년 1월 1일(민법전 시행 20주년)부터 1995년 8월(광복 50주년) 이전까지

1. 서

이 기간 동안 『법학』에는 국제사법 분야의 논문이 총 6편([Savigny의 국제사법 이론](제22권 제3호), [외화채권의 변제와 환산시기](제23권 제4호), [국제물품매매계약에 관한 조약의 연구](제24권 제4호), [독일 국제사법초안에 대한 고찰 - 최근의 국제사법의 동향 -](제26권 제1호), [독일 개정국제사법에 관한 고찰](제28권 제3·4호), [스위스의 개정국제사법전](제31권 제3·4호))이 실렸고, 2편의 가족법 논문([친족상속법의 개정사안](제27권 제4호), [과거의 양육비 청구](제35권 제3·4호))이 게재되었다. 이 시기의 또 다른 특징은 **프랑스민법에 관한 논문이 본격적으로 『법학』에 등장하기 시작하였다**는 점이다. [프랑스민법에서의 매도인의 담보책임(I)](제34권 제1호), [프랑스민법에서의 매도인의 담보책임(II)](제34권 제2호), [나뵐레옹법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구](각 남효순, 제35권 제1호) 등이 그것이다.

동일한 주제에 관하여 (1), (2), (3) 또는 (I), (II) 등으로 **분리·기고하는 현상이 민법분야에서 『법학』에 처음으로 등장하였다**. 위에서 보았듯이 [원시적 불능론](1)(2)(3)이 그러하고 바로 직전에 보았던 [프랑스민법에서의 매도인의 담보책임](I)(II)도 마찬가지의 예이다.

2. 이 시기에는 또한 ‘**한국민법학의 현상을 진단하고 그간의 성과와 향후의 과제**’에 관하여 논하는 글들이 많이 게재되었다.

이미 김증한이 [한국 민법학 30년의 회고](제19권 제1호, 1978. 8, 76면 이하)에서 이러한 주제에 관해 발표한 바 있음은 상술한 바와 같으나 80년대 이후에 가장 많은 글들이 쏟아졌다. 동저자의 [한국민법의 발전 - 민법전의 제정과 그

후의 발전 -](제24권, 제2·3호, 1983. 9, 1면 이하)과 [한국민법학의 진로](제26권, 제2·3호, 1985. 10, 1면 이하)가 각 집필시점까지의 한국 민법학의 성과와 과제에 관해 논하였다.

앞선 논문(제24권)에서 김증한은 먼저 8·15 해방 전후로 나누어 민법전 편찬의 경과를 살펴본 후 민법전제정 후의 민법개정내용을 소개하는 것으로 글을 시작하고 있다. 특히 민법제정시행 후 최초의 민법개정인 「법정분가」제도를 도입한 이유를 정리하고 1977년에 있었던 가족법개정내용도 상세히 취급하였다. 당시 개정전에 호적법에 의한 신고만으로 협의상 이혼이 가능하던 것을 「가정법원의 확인」을 얻어 앞의 신고를 해야 효력이 생긴다고 개정하였는데, 당시 협의이혼제도를 남용하여 너무나도 손쉽게 이혼하는 폐단이 있어 이를 근절하기 위하여 마련된 것이라고 설명한다. 오늘날에도 이른바 「이혼숙려제도」에 의해 우발적이고도 손쉬운 이혼을 억제하고자 하는 바 32년 전의 **입법자들의 고민이 외양만 바뀌었을 뿐 본질은 동일한 점에** 놀랄 뿐이다. 그리고 1982년 9월 1일에 확정되어 다음 해 1월에 국회에 제출되어 있던 민법개정안을 소개하였다. 여기에는 민법뿐만 아니라 주택임대차보호법, 부동산등기법, 가등기담보 등에 관한 법률(제정), 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제정)의 요지를 정리하고 있다. 나아가 이 논문은 당시 민법학의 쟁점을 소멸시효완성의 효과, 출연부동산의 재단법인 귀속시기, 공동소유, 물권변동에 관한 형식주의 등 4개로 압축하여 논하고 있다(13면 이하). 특히 마지막 쟁점은 또 다시 구법시대에 등기없이 취득한 물권문제, 중간생략등기문제 및 물권행위의 독립성·무인성 문제로 세 가지로 세별하여 상론하였는데(21-3면) 전체적으로 이 부분에 역점을 둔 글이라고 생각된다.

뒤의 논문(제26권)은 김증한이 『법학』에 기고한 **마지막 논문**이다. 이 글은 앞서 III. IV. V. 1. 부분에서 상당부분이 정리되었으므로 여기에서는 저자의 역점사항만을 소개한다. 당시 우리 민법학의 상태를 ‘대체로 일본 민법학의 테두리를 벗어나지 못하고’있다고 진단한 후 무엇보다도 먼저 일본법학의 망령에서 벗어날 것을 역설하고 있다. 그런데 그 방법론으로 물권변동이론과 관련하여 독일식으로 재고할 것을 권고하고 있는 점이 주목을 끈다(9면). 하지만 주된 취지는 **문화적 식민지사상을 던져 버리고 우리나라의 독자적인 민법학을 시급히 정립해나가야 한다는 것이다**(10면). 그리고 당시 민법전이 제정된 지 25년이 지난 터라 우리나라 자신의 판례법이 축적되어 있음을 지적하며 판례법연구의 중요성을 강조하였다. 요컨대 ‘한국의 실정에 맞는 「한국의 민법학」을 세워 나가야 한다’는 것이

김증한이 『법학』에 마지막으로 남긴 호소라고 생각된다.

이러한 장르의 글은 [한국 민사법학 50년의 성과와 21세기적 과제](제36권 제2호, 1995. 8, 1면 이하)로 이어지고 있다.

3. 역시 이 시기에 비로소 본격적으로 등장하기 시작한 성격의 글들은 민법제정 및 개정을 논구하는 내용을 담고 있다. [민법개정론 - 총칙편 -](제24권 제4호), [친족상속법의 개정사안](제27권 제4호), [민법전의 제정과정에 관한 연구 - 민법안에 대한 국회본회의의 심의 -](제33권 제2호) 등이 그 예이다.

4. 특히 1984년을 전, 후로 하여 민법(전세권 개정) 및 민사특별법 분야에서 의미있는 개정(부동산등기법의 4차 개정(1984. 4. 10, 법률 제3726호)과 제정(가등기담보 등에 관한 법률(1983. 12. 30, 법률 제3681호), 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(1984. 4. 10, 법률 제3725호: 인구의 도시집중으로 집합건물에 대한 규제가 필요하게 된 것이었다), 하도급거래공정화에 관한 법률(1984. 12. 31))이 이어졌다. 그리고 이에 관한 논문들이 다양하게 발표되었다.

[가등기담보법안에 관한 비판과 관견](황적인, 제24권, 제2·3호), [가등기담보 등에 관한 법률의 문제점](곽윤직, 제26권 제1호), [하도급거래법의 내용과 문제점](황적인, 제26권 제2·3호), [현행 부동산등기법의 문제점](곽윤직, 제29권 제1호) 등이 그 예들이다. 황적인이 『법학』에 게재한 마지막 논문은 방금 본 제26권 제2·3호에 실린 것이다. 이 글은 1984년 12월 31일 제정된 「하도급거래공정화에 관한 법률」의 내용과 문제점을 파헤친 것이다. 당시 건설하도급에 있어서 불공정 거래행위는 건설업법(1971. 1. 19, 법률 제2290호) 제36조의7 등에서 규제되고, 제조하도급에 있어서 불공정거래행위는 중소기업계열화촉진법(1975. 12. 31, 법률 제2841호) 제8조 이하에서 규제되었다. 또 이와 별도로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1980. 12. 31)이 제정된 후 하도급거래규제가 전 2자와 후 1자 간의 2원화 체계로 되어 있었는데 1983년 4월 1일부터 시행된 경제기획원의 고시 제59호 「하도급거래상의 불공정거래행위지정고시」를 통해 일원화되었는데, 이에 대한 법률적 근거로 제정된 위 법률이 이 논문의 연구대상인 것이다. 적용범위(II.)와 원사업자의 의무(III.)를 살핀 후 하도급거래에 있어서의 문제점(IV.)을 토로하며 글을 맺고 있다. 문제점의 요지는 동 법률상 원사업자에게는 18개의 의무조항을 인정하는 반면 수급사업자의 준수규정은 1개뿐이므로 양 계약당사자의 이해가 균형

되도록 이 법을 운용해야 한다는 것과 대기업인 원사업자가 하도급을 기피하지 않도록 특히 건설도급의 경우 일의 일정비율을 하도급을 주도록 하는 방법이 병행되어야 한다는 것이다.

위에 언급한 **박윤직의 글(제29권 제1호)도 필자가 검토한 민법분야에서 『법학』에 기고한 그의 마지막 논문**이다. 이 글은 사실 동저자의 [가등기제도](제22권 제1호), [등기원인증서의 공증](제27권 제2·3호)의 후속판 내지 완결판이라고 할 수 있다. 저자는 우리 등기제도의 문제점을 진단한 후 다음과 같은 개선책을 제안하였다. 즉 부동산등기부의 토지등기부로의 일원화, 소유권보존등기제도의 폐지와 그에 갈음하는 전부동산등기강제제도의 채택(당장의 실현은 비용 등의 장애를 고려하여 보류하고 있다. 97면), 등기의무자에 의한 단독신청주의의 도입, 가옥대장의 정비, 공정증서 작성에 의한 등기원인증서의 공증, 예고등기제도의 폐지, 이의등기제도의 도입 등을 제안하면서 등기제도의 연구활성화를 촉구하였다. 등기의 공신력을 인정하기 위한 전제조건들을 검토하면서 『등기원인증서의 공증(물론 공정증서의 작성을 수단으로 한 것이다)』만을 입법화한다면 공신력의 인정을 꺼릴 이유가 모두 사라지게 됨을 역설한 점(104면)이 신선하다. 이 논문은 그로부터 20여년이 지난 오늘날, 등기의 공신력을 확보하기 위해 어떤 제도적 노력이 행하여져 왔는지 되돌아보게 한다.

박병호(김유미)가 『법학』에 기고한 마지막 글은 [과거의 양육비 구상 - 대법원 1994. 5. 13. 고지, 92스21 전원합의체결정 -](제35권 제3·4호)이다. 이것은 **판례연구**에 해당하는 글로서 대상결정이전까지 과거의 양육비 청구(혹은 부양청구)를 당사자 간의 협정이나 심판이 있는 경우를 제외하고는 한결같이 부정해 오던 법원의 입장을 변경한 위 결정을 평석한 것이다(당시 UN은 1989년에 총회에서 ‘아동의 권리에 관한 국제협약’을 만장일치로 가결, 채택하였고 우리나라도 1990년 동 협약에 서명하고 1991년 비준하였다. 그리고 1991년 가족법이 개정되고 특히 가사소송법이 제정되었는바 이러한 입법의 경향에 따른 것이 위 결정인 것이다). 평석자는 동 결정의 다수의견에 찬성하였다. 자의 복지 내지 이익을 우선적으로 고려함에 따라, 부양의무자에게 가혹한 결과를 가져올 수 있으므로, 부모 중 한쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식했는지 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용(치료비 등)인지 여부와 당사자들의 재산상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고

려하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다고 제한을 가한 다수의 견을 타당하다고 보았기 때문이다.

이제 광복 50주년을 맞이하는 시기로 넘어가보자.

VIII. 1995년 8월(광복 50주년)부터 2004년 민법개정안까지

1. 이 기간 동안, 즉 **광복 50년**을 맞이한 1995년 8월부터 약 9년 동안 **가족법 논문 11편**(외국인 논문 포함)([상속혼결제도 일반](제37권 제2호), [초과특별수익이 있는 경우 구체적 상속분의 산정방법](제38권 제2호), [프랑스상속법에서의 혈족상속 - 계통상속 및 대습상속 -](제38권 제3·4호), [상속채무를 뒤늦게 발견한 상속인의 보호](제38권 제3·4호), [혼인성립에 관한 독일 민법 개정에 관한 고찰](제40권 제2호), [1990년대 친족상속법 판례의 동향](제40권 제3호), [상속회복청구권의 연구 - 역사적 및 비교법적 고찰 -](제41권 제1호), [프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구](제44권 제1호), [헌법이 가족법의 변화에 미친 영향](제45권 제1호), [Der Einfluss der Verfassung auf das deutsche Familienrecht](제45권 제1호), [특별한정승인의 규정이 소급적용되어야 하는 범위](제45권 제3호)이 『법학』에 기고되었다. **프랑스민법을 소개하는 논문도 8편**에 이른다([프랑스법상 전매수인(소비자)의 직접소권](제37권 제1호), [프랑스민법상의 점유제도](제37권 제2호), [프랑스민법상의 타인행위책임](제38권 제2호), [프랑스계약법: 근래의 변화와 미래의 전망](제38권 제3·4호), [프랑스민법상의 공동소유 - 공유를 중심으로 -](제39권 제1호), [프랑스법에서의 법인의 역사 - 법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사 -](제40권 제3호) 등(나머지 2편은 위 가족법 논문과 중복되는 논문들이다)). 현재는 **폐기된 2004년 민법개정안과 관련하여 그 개정작업에 관한 많은 논문들이** 실렸다. [독일의 새로운 민법개정제안 - 연방법무부의 「채권법채신법」의 토론용 초안에 대하여 -](제41권 제4호), [최근의 한국민법전개정작업](제43권 제3호), [「유럽계약법원칙」의 소멸시효규정 - 우리 민법에의 시사를 덧붙여 -](제44권 제4호), [민법개정안의 보증조항에 대하여 - 개정취지와 해석론 -](제45권 제3호) 등 4편이 그것이다.

2. **헌법과 가족법의 관계를 포괄적으로 다룬 논문도** 게재되었다. [헌법이 가족

법의 변화에 미친 영향(윤진수, 제45권 제1호)이 그것이다. 이 논문은 민법제정 당시의 가족법에 대한 헌법의 영향이 미미했음을 확인함을 시작으로 1977년, 1990년, 2001년(국제사법 중 친족편에 미친 영향을 소개하였다), 2000년 가족법개정안을 소개하고 헌법이 각각의 개정안에 미쳤던 영향을 분석하였다. 나아가 헌법재판소가 가족법 분야에 대해 내린 4가지 결정(3개의 헌법불합치결정과 1개의 위헌결정)을 다루고 있다. 친생부인의 소의 제소기간에 대한 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7(병합)결정, 동성동본 금혼규정에 대한 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 내지 13결정, 상속의 단순승인 의제에 관한 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25결정, 상속회복청구권의 제척기간에 관한 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9 등 결정이 그것이다. 이러한 결정들은 대부분 2002. 1. 14의 민법의 일부개정에 포함되었다. 끝으로 호주제의 위헌성문제(헌법재판소는 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 등 결정에서 호주제에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다)와 자녀의 성 선택의 문제 및 동성혼인의 허용 여부를 향후의 과제로 언급하였다(266-9면). 한편 가족법 분야의 판례의 동향을 상세히 다룬 논문도 등장한다([1990년대 친족상속법 판례의 동향](제40권 제3호)).

헌법과 민법의 관계를 다룬 논문은 그 밖에도 [헌법과 민법 - 민법의 관점에서 -](제39권 제4호)(요지는 각주 10을 참조), [우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원 판결에 대하여 -](제40권 제2호) 등이 있다.

후자의 글은 1947년 9월 2일 선고 1947년 민상 제88호 판결(처의 행위능력을 제하는 의용민법 제14조에 대하여 그 적용을 배제하는 판시를 함)을 우리나라 최초의 헌법재판(즉 위헌법률심사)일 수도 있다는 흥미로운 관점에서 분석하였다. 먼저 이 판결에 대한 반대론과 찬성론을 소개한 후 위 판결 시점인 1947년과 1958년 민법전이 공포된 시점을 비교하면서 후자의 경우에도 수많은 남녀차별적 규정이 민법전에 산재해 있었는바, 전자의 시점에서 의용민법 제14조의 적용거부를 대법원이 선언한 것은 지나친 이상론일 수도 있음을 지적하였다. 그리고 보다 근본적인 문제해결을 위하여 미군정하의 법체계 전반에 대한 총체적 성격규명이 필요함을 역설한다. 즉 해방 후의 입법법령이 어떠한 효력을 가지는가 하는 문제에 대한 이론적 접근이 필요하다는 것이다.

3. 국제사법과 관련된 주제를 분석한 논문은 1편에 불과하였다([불법행위에 관

한 영국의 법선택규칙의 소묘(제41권 제1호)).

이호정이 마지막으로 『법학』에 남긴 이 글은 당시 전세계적인 국제사법의 개정물결을 설명한 후 코먼 로의 법선택규칙의 발판을 놓은 19세기의 영국의 판례들을 살펴본다(2-11면). 그리고 이에 기초하여 20세기의 학설과 판례를 조감한 후 특히 영국의 Private International Law(Miscellaneous Provisions) Act 1995의 내용을 소묘하였다. 동법 제11조가 규정하고 있는 불법행위의 준거법 결정에 관한 일반원칙과 동법 제12조가 인정하고 있는 제11조의 원칙에 대한 예외규정을 상론하고 있다. 제12조의 ‘불법행위가 보다 밀접한 관계를 가지고 있는 다른 국가의 법’과 같은 내용은 포괄적인 입법으로 영국 국제사법에서 매우 큰 의의를 가지는 것으로 평가하였다(11-23면).

4. 그 밖에 **광복 50주년을 기념하여 다양한 행사들이 있었는데 『법학』에도** 이를 기념하면서 특히 한국법학의 현주소를 진단하는 성격의 논문들이 많이 기고되었다. 양창수는 이러한 「한국법학에 대한 진단」의 성격을 띤 논문을 이미 1987. 4, 법학 제28호, 4면 이하에 [한국사회의 발전과 민법학의 과제]라는 제목으로 발표하였다. 그리고 그로부터 8년 후 다시 동저자의 [한국 민사법학 50년의 성과와 21세기적 과제](제36권 제2호, 1995. 8, 1면 이하)가 법학에 실렸다. 이 논문은 상술한 바와 마찬가지로 [한국 민법학 30년의 회고](제19권 제1호), [한국 민법의 발전](제24권 제2·3호, 1983. 9, 1면 이하)과 [한국민법학의 진로](제26권, 제2·3호, 1985. 10, 1면 이하) 등과 연장선상에 서있는 것이라고 생각된다.

이 글은 당시의 시점에서 학자들의 노력이 ‘일본민법학의 이론으로서는 설명될 수 없는 민법규정의 해석론’에 집중되었다고 평가하면서 다음과 같은 예를 들고 있다. 먼저 아직 미해결이라는 전제 하에 물권행위의 독자성·무인성에 관한 논의, 소멸시효완성의 효과(이에 관한 논의는 특히 김증한, 소멸시효론, 1967년 서울대학교 법학박사 학위논문)에 의하여 촉진된바 크다는 코멘트가 각주 43에 있다)에 관한 학설의 대립, 민법 제607조·제608조(‘채권편에 있어서 우리 민법의 최대의 특색’이라고 김증한(안이중 편, 한국법학의 증언, 고 김증한 교수 유고집(1989), 153면)이 지적한 바 있다) 및 가등기담보 등에 관한 법률의 해석론을 예시한다. 그리고 민법제정 후 특히 84년 민법개정의 결과물인 민법 제303조, 제312조 제4항 및 주택임대차보호법 개정을 통해 도입된 임차권자의 보호한 소액보증금우선변제권부여 등을 새로운 민법문제(할부거래에 관한 법률 및 방문판매

등에 관한 법률도 함께)로 소개한다.

끝으로 이 글은 당시 교과서 위주의 민법학풍을 비판하면서 민법의 개별문제에 개한 전문적이고도 포괄적인 저술이 결여된 점을 비판하고 **헌법과 민법의 관계에 대한 연구의 부족**¹⁰⁾을 지적하였다. 또한 일본법학, 독일법학의 굴레에서 벗어나는 차원을 넘어서 모든 「앞선」 외국법학으로부터 주어진 실질적인 문제들을 적출, 이들을 법적으로 평가하는 능력을 배워야 함을 강조하고 있다. 그 단초는 어디까지나 우리가 현재 가지고 있는 법, 즉 「현재 행하여지고 있는 법」에 있다고 한다.

양창수는 『법학』 제39권 제4호에 두 편의 논문(61면 이하에 게재된 글은 각주 3)에 소개하였다)을 실었는데, 그 중 251면 이하에 실린 글 [민법 제756조 - 잊혀진 규정]에서 민법상 드문 형평법적 구제수단¹¹⁾의 하나인 제756조(손해배상액의 감경청구규정)의 연혁과 입법례에 대한 검토를 필두로 하여 그 구성요건(불법행위로 인한 손해배상의무의 존재, 배상의무자에게 고의 또는 중과실이 없을 것, 그 배상으로 인하여 배상의무자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 것)을 면밀히 분석하면서 법원의 실무례와 비교한다. 그리하여 종래에는 제765조를 보다 활성화하자는 학계 일각의 견해를 비판한다. 활성화론이 예시하는 소위 한계사례, 즉 호의동승사례, 자연력이 기여한 사례, 피해자의 기왕의 소인이 기여한 사례, 피해자 측이 해당하는 제3자의 과실이 기여한 사례는 배상책임의 ‘경감의 정도’ 등을 판단함에 있어서 고려될 수 있을지언정 애초 본조의 ‘적용’ 여부를 판단하기 위한 결정적인 기준은 될 수 없다는 것이다. 더구나 위 활성화론이 주장하는 바,

10) 이 점에 관해 양창수는 『법학』 제39권 제4호, 1999. 2, [헌법과 민법 - 민법의 관점에서 -]에서 그 연구를 이어갔다. 이 글은 먼저 신의칙, 인격권, 친족법과 같은 민법의 법영역에서 인간의 존엄과 가치, 행복할 권리, 사생활의 비밀과 자유, 남녀평등 등과 같은 헌법적 가치가 어떻게 실현되는지를 검토한다. 그리고 기존의 법단계론에 대한 비판적 시각에서 출발하여, ‘민법’의 관점에서 헌법과 민법의 관계를 재조명하면서 헌법을 ‘국가’의 기본법으로, 민법을 ‘사회’의 기본법으로 규정한다. 그리고 이러한 의미에서의 민법을 이른바 ‘思想으로서의 민법’이라고 부를 수 있다고 한다(74면). 더 나아가 이러한 관점에서 보면 민법의 원리, 가령 사적자치가 존중되지 않는 헌법은 이미 헌법이 아니라고 강조한다(윤진수 교수의 토론에 대한 후기 중(77면))

11) 민법 제557조(증여자의 재산상태변경과 증여의 해제)도 그 한 예인데, 위 논문은 특히 ‘생계에의 중대한 영향’여부에 대한 판단을 제557조에서보다 제756조에서 엄격하게 행하여야 함을 강조한다(264면). 왜냐하면 제765조에서는 피해자의 희생으로 가해자의 배상액경감이 인정되는 것이어서, 단지 무상으로 얻을 수 있었던 것을 얻지 못하게 되는 수증자와는 이익상황이 다르다고 할 것이기 때문이다(265면).

즉 본조를 「손해의 공평한 부담」이라는 이념지표를 구체화하는 법적 장치로 적극적으로 ‘활용’하자는 주장을 그 이념 자체의 내용적 공허성에 기해 배척하고 있다. 「공평」의 내용자체가 불확실할 뿐만 아니라 정의감이나 형평감정으로부터 구체적 법률효과를 직접적으로 도출하는 것은 적절하지 아니하다는 것이다(274면). 저자는 이 논문의 말미에서 제765조의 입법론적 문제점을 재차 지적하면서 장차의 불법행위법 개정논의와 관련하여 ‘본조를 그대로 두어야 한다’는 과거의 주장¹²⁾을 명시적으로 변경하기도 하였다(275면 각주 80).

한편 동저자의 [채권자의 보증인에 대한 배려의무에 관한 서설 - 독일민법을 중심으로 한 입법례 -](제41권 제1호)는 다음을 주된 내용으로 하고 있다. 즉 보증계약이 채권자에게 권리만을 주는 편무계약이라고 하여도 채권자가 역방향으로 보증인에 대하여 일정한 부수적 의무를 부담할 수 있는 점을 각국의 다양한 입법례(주로 독일민법을 중심으로)를 통하여 고찰하였다. 그리고 특히 무상성·호의성·정의성에 기한 한국 특유의 보증태양에 부합하는 입법적 가능성을 모색하였다.

5. 『법학』의 논문들은 실무계에도 뚜렷한 영향을 미쳐왔다. 위에서 살펴본 여러 글들이 이를 반증한다. 가령 [언론의 사실보도로 인한 인격권침해](제39권 제1호)도 그 한 예라고 할 것이다. 당시 대법원에 계류 중이던 MBC PD수첩사건(유방확대수술부작용보도사건)(서울고판 1996. 2. 2, 95나25819)을 계기로 인격권침해문제를 다룬 이 논문은 이 사건의 최종심인 대판 1998. 9. 4, 96다11327(공19898, 2377)에 영향을 미쳤다고 할 수 있다. 원심이 원고의 사생활의 자유와 비밀 및 초상권을 침해하였다고 판시하였고 대법원도 이를 지지하였는바, 실리론을 이용하여 유방확대수술을 받는 것은 위험할 수 있다는 의학적, 법적 정보는 공적 이익에 해당할 수 있고 또 본인의 동의가 있다면 그 동의의 범위 내에서는 그의 사생활에 관한 사항이라도 공개하는 것이 위법하다고 할 수 없으나 원고의 신분 노출까지 필요하다고 볼 수 없으며 설사 원고가 방송에 동의하였다고 하더라도 그 승낙의 범위를 초과하여 승낙 당시의 예상과는 다른 방법으로 사생활을 공개하였다면 불법행위를 구성한다는 것이다.

12) 이것은 『민사법학』 제15호(1997), 손해배상의 범위와 방법/손해배상책임의 내용(불법행위법 개정안 의견서. 제5), 212면에 게재되어 있는데 『법학』의 논문이 아니므로 본고에서 다루지 않았다.

IX. 2005년부터 현재까지

1. 이 시기에 들어서, 이미 [1990년대 친족상속법 판례의 동향]이 나오기는 하였으나, **본격적으로 매년 판례관견이 『법학』에 실리기 시작하였다**(물론 단편적인 판례연구 내지 평석은 상술한 바처럼 제1권 제1호부터 꾸준히 이어져왔다). 즉 2006년 법학 제47권 제1권부터는 매년 민사판례관견이 꾸준히 기고되었다. 양창수가 [2005년도 민사판례관견]을 전기 법학지에, [2006년도 민사판례 관견]을 법학 제48권 제2호, 2007. 6, 116면 이하에 게재하였다. 2007년도 주요민법관련 판례회고는 윤진수가 『법학』(제49권 제1호, 2008. 3, 315면) 이하에 실고 있다.

2. 이 시기의 정리논문은 총 26편인데 그 중 가족법 관련논문은 총 6편([가족법상의 법률행위의 특성](제46권 제1호), [여성차별철폐협약과 한국가족법](제46권 제3호), [일상가사대리권과 그로 인한 부부연대책임의 상호관계에 관한 해석론 - 남북문제에 관한 국제사법적 관점을 겸하여 -](제46권 제4호)(이는 국제사법적 관점이 계기가 된 논문이다), [전통적 가족제도와 헌법 - 최근의 헌법재판소 판례를 중심으로 -](제47권 제2호), [유류분침해액의 산정방법](제48권 제3호), [보조생식 기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향](제49권 제2호) 등)이다.

특히 [여성차별철폐협약과 한국가족법]은 법여성학과 법사회학적 관점에서도 관심을 끄는 논문이다. 이 글은 한국도 비준함으로써 1985. 1. 26.부터 우리나라에도 적용되게 된 이른바 ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약’과 한국가족법의 관계에 대해 폭넓게 다루었다. 먼저 동 협약의 내용을 살펴본 후 1997. 12. 12. 법률 제5431호로 전면개정되기 전의 국적법이 위 협약 제9조와 조화되지 않는 까닭에 한국은 협약에 가입하면서 동 제9조에 대하여 유보를 하였다가 전술한 전면개정과 함께 그 유보를 1999. 8. 24. 철회하였음을 상설하였다. 또한 2005년의 호주제에 대한 헌법불합치결정을 상세히 분석하였다. 법이 사람을 위해 존재하는 것이지 사람이 법 또는 전통을 위해 존재하는 것은 아니라는 점 및 위 협약 제2조(바)의 내용을 상기할 필요가 있음을 지적하였다. 그리고 2005. 3. 31. 개정된 민법이 가족법 분야에 매우 중요한 변화를 가져왔음을 설명하였다. 하지만 개정 민법 제781조도 헌법이나 위 협약에 여전히 부합하지 않음을 역설하였다. 기타 중증원의 지위에 관한 대법원의 2005. 7. 21. 전원합의체판결을 소개하면서 이 판결이 그 근거의 하나로서 위 협약 제2조를 명시적으로 제시한 최

초의 대법원판결임을 중요하게 평가하였다.

3. 프랑스민법을 소개하는 글도 꾸준히 계속 게재되었다([프랑스민법전의 과거, 현재와 미래 - 프랑스 민법전 제정 200주년을 맞이하여 -](제47권 제2호), [보충의 성립에 관한 프랑스의 법리](제48권 제3호) 등 2편).

4. 국제사법과 연관된 논문은 2편을 들 수 있을 것이다(위 (제46권 제4호), [개정루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할(제49권 제4호) 등].

후자의 논문은 먼저 계약사건에 관한 국제재판관할(권)을 둘러싼 기존의 국내·외 논의를 잘 요약하여 설명하고 있다. 특히 개정루가노협약의 관련내용을 주제와 관련하여 구체적으로 소개하고 있다. 관련된 논의들이 루가노협약/개정루가노협약/예비초안을 거치면서 어떻게 변화해 왔는지를 일목요연하게 보여 주고 있다. 동 협약상의 관할문제를 검토하면서 그 논리적 일관성의 결여를 비판하였고, 우리 법에의 시사점을 살펴보았는데 국제관할에 관한 우리의 해석론과 입법론에 대한 논의를 심화시키는 것은 다음 기회로 미루고 있다(450면).

나아가 민법개정안에 관한 논구도 끊어지지 않았다. [법인에 관한 민법개정안의 고찰](제46권 제1호) 등이 그것이다. 이 논문은 2004년 민법개정안 중 법인에 관한 부분이 비교적 소홀하게 다루어진 점을 비판하면서 개정안 제32조, 제48조 및 제60조 등을 조목조목 검토하였다. 특히 개정안 제48조의 문제점을 지적하면서 당시 개정안보다는 제1소위원회의 가안을 지지하였다.

X. 결론에 갈음하여

서울대 법학 50주년을 기념하여 ‘민법’분야를 종합·정리한 필자의 시각에서 볼 때 반세기 연구의 성과가 서서히 집적되어 『법학』지 내에서도 결실을 맺고 있다는 생각이 든다. 위 마지막 시기를 보더라도 연구논문들이 독일(유럽, 특히 독일에서 성별의 변경)(Rainer Frank, 제47권 제1호), 이미 [독일의 동산담보개혁 논의 - 비점유동산담보제도를 중심으로 -](제44권 제2호) 등), 프랑스(위 3. 부분 참조), 일본([일본에서의 동산담보제도 개혁논의](제46권 제3호) 등), 영미([영미 불법행위법상의 예견가능성 법리](제49권 제3호), 이미 [미국계약법상 Good Faith

원칙](제44권 제4호), [영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향](제43권 제1호) 등) 등을 가리지 않고 고르게 분포되어 있음을 알 수 있다. 상술한 바와 같이 과거 한국 민법학계에 가해졌던 비판, 즉 한국 민법학이 일본 내지 독일에 치우쳤다는 비판이 더 이상, 적어도 『법학』지에서는 그 설 땅을 서서히 잃어가고 있다는 평가를 할 수 있을 것이다.

이러한 성과는 그 간 『법학』지상에서 면면히 이어져 내려온 선, 후배 학자들 간의 학문적 대화와 계승을 통해 가능하였다고 생각한다. 선배 학자들의 앞선 문제의식을 후세대들이 재고·분석하여 발전적으로 승계하였기 때문이다. 어떤 외국에 치우쳤던 학문적 편견과 그 역사적 한계를 극복하고 한국 고유의 민법학을 정립하라는 조언은 현재에도 많은 민법학자들의 가슴속에 메아리치고 있는 살아 있는 목소리이다.